

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Belangenverstrengeling in het vennootschapsrecht en bij opdracht.)

van Veen, W.J.M.; van Wechem, T.H.M.

2007

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Veen, W. J. M., & van Wechem, T. H. M., (2007). *Case note: Hoge Raad (Belangenverstrengeling in het vennootschapsrecht en bij opdracht.)*, No. C06/041HR, Jun 29, 2007. (Vermogensrechtelijke Analyses; Vol. 2007, No. 3).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Belangenverstrengeling in het vennootschapsrecht en bij opdracht

Kanttekeningen bij Hoge Raad 29 juni 2007 (Co6/041HR) en bij Hoge Raad 6 april 2007 (Co5/321HR).

W.J.M. van Veen & T.H.M. van Wechem*

Inleiding

Een bestuurder van een NV of BV kan de vennootschap in beginsel niet vertegenwoordigen in de gevallen waarin de vennootschap een tegenstrijdig belang heeft met die bestuurder.¹ Dit volgt uit artikel 2:146/2:256 BW. Deze bepaling heeft betrekking op alle gevallen van tegenstrijdig belang, aldus de Hoge Raad.² De wettelijke regeling van lastgeving kent een hiermee corresponderende regeling in artikel 7:416-418 BW. Op grond van deze bepalingen is het een lasthebber behoudens instemming van de principaal niet toegestaan als wederpartij van de principaal op te treden of tevens als lasthebber van de wederpartij optreden, tenzij de inhoud van de rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat dat strijd tussen de betrokken belangen is uitgesloten.³

De vraag wanneer sprake is van tegenstrijdig belang als bedoeld in artikel 2:146/256 BW, is al in tal van uitspraken aan de orde gekomen en vormt al geruime tijd onderwerp van discussie.⁴ De vraag wanneer een lasthebber in strijd handelt met het verbod als bedoeld in artikel 7:416-418 BW, is nog niet

* W.J.M. van Veen, universitair hoofddocent, Vrije Universiteit Amsterdam, legal counsel notarieel recht Baker & McKenzie Amsterdam en T.H.M. van Wechem, legal counsel Baker & McKenzie Amsterdam.

1 Met betrekking tot verenigingen en stichtingen geldt ons inziens hetzelfde uitgangspunt. Zie hierover Dijk/Van der Ploeg, Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, 5e druk, nr. 9.3.3 en de daar vermelde literatuur.

2 HR 22 maart 1996, NJ 1996, 568 m.nt. Ma. (Mediasafe I). Hoewel in de casus ook sprake was van een vorm van 'selbsteintritt' heeft de Hoge Raad de casus niet als zodanig behandeld. Zie hierover ook Maeijer in zijn noot en W.J.M. van Veen, Vertegenwoordiging van rechtspersonen bij tegenstrijdig belang, Ondernemingsrecht 1999, p. 93. Anders kennelijk L. Timmerman/P. Dortmond, Reactie: Kwalitatief tegenstrijdig belang, WPNR 6649, p. 18.

3 Krachtens art. 7:424 BW zijn deze bepalingen ook van toepassing op andere overeenkomsten krachtens welke de ene partij bevoegd of verplicht is voor rekening van de andere partij een rechtshandeling te verrichten

4 Zie o.m. – met uitgebreide verwijzingen naar vindplaatsen – A.J.P. Schild, Het begrip tegenstrijdig belang, Mediasafe revisited, HR 29 juni 2007, RvdW 2007, 637 (Bruil Kombex), MvV 2007, p. 178 e.v.

eerder in de rechtspraak aan de orde geweest.⁵ In ieder van de in de aanhef genoemde arresten heeft de Hoge Raad geoordeeld over de te hanteren maatstaf bij de beoordeling of sprake is van een belangenverstrengeling in de zin van de desbetreffende wetsbepalingen en wat de gevolgen daarvan zijn. Het arrest van 29 juni 2007 had betrekking op het geval dat één persoon in de hoedanigheid van bestuurder bij het tot stand brengen van een overeenkomst tussen twee vennootschappen beide rechtspersonen vertegenwoordigde. Het arrest van 6 april 2006 had betrekking op het geval dat een bemiddelaar voor twee verschillende opdrachtgevers was opgetreden.⁶

Hieronder zullen de beide arresten kort worden besproken. Hierbij ligt de nadruk op het antwoord op de vraag of de maatstaven die gelden bij belangenverstrengeling in het vennootschapsrechtelijke leerstuk van tegenstrijdig belang, (nog) gelijk zijn met die in het vermogensrecht, meer in het bijzonder bij lastgeving.

Hoge Raad 29 juni 2007

In het kort ging het om het volgende. De bestuurder (natuurlijk persoon) en enig aandeelhouder van Bruil Kombex Arnhem B.V. ('Kombex') sluit een overeenkomst met Bruil Arnhem Beheer B.V. ('Beheer'). Van deze laatste vennootschap is hij tevens bestuurder, en samen met zijn vader en zuster (groot)aandeelhouder. De desbetreffende overeenkomst heeft betrekking op de overdracht van een aantal percelen grond. Bij de verkoop wordt een voorkeursrecht verleend ten gunste van Kombex. Beheer verkoopt vervolgens – een aantal jaren nadat haar aandelen aan Ballast Nedam Bouw B.V. waren overgedragen – een perceel grond zonder Kombex in de gelegenheid te stellen haar voorkeursrecht uit te oefenen. Deze laatste vordert nu de boete die op de schending van het voorkeursrecht was gesteld alsmede, ten aanzien van de overige percelen, nakoming van haar voorkeursrecht.

Het verweer van Beheer in de procedure richt zich er op dat zij – vanwege een tegenstrijdig belang als bedoeld in artikel 2:256 BW – door haar bestuurder destijds niet rechtsgeldig was vertegenwoordigd en daarom niet gebonden is aan het voorkeursrecht. Het hof honoreert dit verweer. Het hof overweegt hierbij onder meer dat Beheer bij de transactie '(...) in abstracto een tegenstrijdig belang met de haar vertegenwoordigende directeur Bruil' had

5 Voor een vergelijking met de tegenstrijdig belang regeling in art. 2:146/256 BW en art. 7:417 en 7:418, zie o.m. W.J.M. van Veen, a.w. (noot 2) en de discussie tussen Y.L.L.A.M. Delfos-Roy en W.J.M. van Veen, TvOB 2005-4 en 2005-5.

6 Art. 7:427 BW verklaart art. 7:417 en 7:418 BW uitdrukkelijk van overeenkomstige toepassing op de bemiddelingsovereenkomst.

omdat laatstgenoemde als directeur tevens (in)direct groot aandeelhouder van Kombex nauw was betrokken bij Kombex. Daarom passeert het hof de stelling van Kombex dat de transactie (voornamelijk) in het belang was van Beheer omdat, aldus het hof, ‘(...) de wettelijke regeling van het tegenstrijdig belang nu juist (wil) voorkomen dat de weging van het belang zou worden gemaakt door een bestuurder die *tevens een eigen belang* heeft bij de te sluiten overeenkomst heeft.’⁷ Het hof verwijst hierbij naar HR 22 maart 1996, NJ 1996, 568 (Mediasafe I), r.o. 3.5.2.

Het hof voegt hieraan een overweging toe, luidende dat ‘(...) niet van belang is of, achteraf gezien, de belangen ook daadwerkelijk en in concreto tegenstrijdig waren.’⁸

In cassatie wordt er tegen opgekomen dat het hof uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting door er van uit te gaan dat het moet beoordelen of ‘in abstracto’ een tegenstrijdig belang bestaat en dat het niet relevant is of de betrokken belangen, achteraf gezien, ook daadwerkelijk en in de concrete omstandigheden van dit geval tegenstrijdig waren. Daardoor zou het hof volgens het middel hebben miskend dat de enkele omstandigheid dat een vennootschap, vertegenwoordigd door haar bestuurder, handelt met een andere vennootschap waarbij die bestuurder als bestuurder en (indirect) grootaandeelhouder nauw is betrokken, niet noodzakelijkerwijs en zonder meer meebrengt dat eerstgenoemde vennootschap een tegenstrijdig belang heeft met die bestuurder als bedoeld in artikel 2:256 BW. Het onderdeel betoogt dat in een dergelijk geval weliswaar sprake kan zijn van een tegenstrijdig belang, doch dat, voor de toepasselijkheid van het bepaalde in artikel 2:256 BW van belang is, of kan zijn, of ook in *concreto* een tegenstrijdig belang bestaat en of de belangen van de vennootschap en de belangen van haar bestuurder dus daadwerkelijk en in concreto tegenstrijdig zijn, hetgeen niet door het hof was onderzocht.

De Hoge Raad formuleert in reactie op de cassatiemiddelen een aantal algemene rechtsregels en gezichtspunten al dan niet toegespitst op het desbetreffende geval [de cursiveringen zijn door de auteurs aangebracht].

De Hoge Raad overweegt – voor zover van belang – achtereenvolgens dat:

(i) het hof *in beginsel* terecht tot uitgangspunt heeft genomen dat zich in het onderhavige geval ook een tegenstrijdig belang *kan* voordoen. ‘Voor de toepassing van artikel 2:256 is (...) voldoende dat de bestuurder te maken heeft

7 Ro 4.6. De cursivering is door ons aangebracht.

8 R.o. 4.6, slot.

met zodanige onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming.’⁹ De Hoge Raad vervolgt dan met de overweging dat deze bepaling in de eerste plaats strekt ‘tot bescherming van het belang van de vennootschap door de bestuurder de bevoegdheid te ontzeggen de vennootschap te vertegenwoordigen als hij door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang *niet in staat moet worden geacht* het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht.’¹⁰

(ii) Voor de toepassing van artikel 2:256 BW is niet vereist *dat zeker* is dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap zal leiden; voldoende is dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat *in redelijkheid kan worden betwijfeld* of hij zich bij zijn handelen *uitsluitend* heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming. De vraag of een tegenstrijdig belang bestaat, kan slechts worden beantwoord met inachtneming *van alle relevante omstandigheden* van het concrete geval (r.o. 3.4 slot).

(iii) Een tegenstrijdig belang als bedoeld in artikel 2:256 BW kan zich ook voordoen wanneer, zoals in dit geval, de bestuurder tevens enig aandeelhouder heeft gehandeld met een andere vennootschap waarbij hij nauw betrokken is. Ook waar de hoedanigheden van bestuurder en aandeelhouder van de beide vennootschappen die de transactie aangaan, in één persoon zijn verenigd, zullen de belangen van deze vennootschappen niet noodzakelijkerwijs altijd parallel lopen. Het hangt ook dan van de omstandigheden van het *concrete geval* af of een tegenstrijdig belang bestaat dat aan de bestuurder zijn bevoegdheid als bedoeld in artikel 2:256 BW ontnemt (r.o. 3.5).

(iv) In het bijzonder in de gevallen waarin een natuurlijke persoon handelt in de hoedanigheid van bestuurder tevens aandeelhouder van meerdere vennootschappen die een groep vormen, zal niet spoedig van tegenstrijdig belang in de zin van artikel 2:256 BW sprake zijn, omdat het juist de bedoeling is dat, door de (uiteindelijke) zeggenschap in één hand te houden, de afweging van alle bij deze groepsvennootschappen betrokken belangen bij die persoon is geconcentreerd.

9 Vgl. HR 9 juli 2004, Co3/057, NJ 2004, 519.

10 R.o. 3.4. De cursiveringen zijn door ons aangebracht.

Alsdan zijn immers het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming en het belang van de betrokken bestuurder tevens aandeelhouder *onderling zo nauw verbonden* dat slechts onder bijzondere omstandigheden van tegenstrijdig belang sprake kan zijn (r.o. 3.6, eerste alinea).

(v) Ook indien de statuten – zoals in casu de bestuurder de bevoegheid tot vertegenwoordiging onthouden – kan de vennootschap zich niet zonder meer op deze regeling beroepen. Immers, aldus de Hoge Raad, waar voldoende duidelijk is dat ook zonder een daarop gerichte statutaire regeling de afweging van belangen van de vennootschap(pen) aan de bestuurder/aandeelhouder is toevertrouwd ten einde de desbetreffende rechtshandeling(en) aan te gaan, zal artikel 2:256 *niet zonder meer* toepassing mogen vinden op grond van het enkele feit dat de bestuurder de belangen van twee onderscheiden vennootschappen heeft gediend (r.o. 3.6, tweede alinea).

(vi) Bij het ontbreken van een inhoudelijk afwijkende regeling in de statuten, zal een beroep op artikel 2:256 BW ter aantasting van een namens de vennootschap(pen) verrichte rechtshandeling slechts kunnen slagen als een persoonlijk belang van de bestuurder in de hiervoor bedoelde zin tegenstrijdig was met het belang van de vennootschap(pen) en de daaraan verbonden onderneming op grond van daartoe naar voren gebrachte, voldoende geadstrueerde, omstandigheden die zodanig van invloed kunnen zijn geweest op de besluitvorming van de betrokken bestuurder dat hij *zich niet in staat had mogen achten* het belang van de vennootschap(pen) en de daaraan verbonden onderneming met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen en zich van de desbetreffende rechtshandeling had moeten onthouden (r.o. 3.7, eerste volzin).

(vii) Mede in aanmerking genomen de ingrijpende gevolgen die aan een geslaagd beroep op artikel 2:256 BW zijn verbonden, is het niet aanvaardbaar dat wordt volstaan met het aanvoeren van de *enkele mogelijkheid* van een tegenstrijdig belang, zonder dat dit beroep wordt geconcretiseerd op de wijze als hiervoor is omschreven. Het is namelijk niet in het belang van het handelsverkeer en het strookt niet met de strekking van artikel 2:256 BW dat achteraf met een beroep op deze bepaling een rechtshandeling van de vennootschap zou kunnen worden vernietigd zonder dat is aangetoond dat de daaraan ten grondslag liggende *besluitvorming* van de betrokken bestuurder *inhoudelijk ondeugdelijk was wegens een ontoelaatbare samenloop van tegenstrijdige belangen* (r.o. 3.7, tweede volzin).

Commentaar

Dit arrest is inmiddels uitgebreid becommentarieerd.¹¹ Is hier sprake van een trendbreuk zoals door een aantal auteurs wordt gesuggereerd, in die zin dat de Hoge Raad de (vermeende) abstracte benadering heeft verlaten en slechts tegenstrijdig belang aanwezig acht wanneer dat zich daadwerkelijk in het concrete geval heeft gemanifesteerd?¹² De discussie wordt op dit punt vertroebeld doordat een verschillende betekenis wordt toegekend aan wat kern is van de abstracte benadering. De kern van de abstracte benadering is dat voor de toepassing van artikel 2:146/256 BW niet belang is – wordt geabstraheerd van het antwoord op de vraag – of de belangen van de vennootschap naar behoren zijn behartigd. Doorslaggevend is of *het risico* bestaat dat de bestuurder in omstandigheden verkeert dat hij niet uitsluitend het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming dient.

Beziet met het onderhavige arrest op dit punt, dan lijkt uit de ons aangebrachte kantnummers (i) t/m (iii) te kunnen worden afgeleid dat de Hoge Raad de abstracte benadering niet heeft verlaten. Met name de zinsnede ‘dat *in redelijkheid kan worden betwijfeld* of hij zich bij zijn handelen *uitsluitend* heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming’ sluit naadloos aan bij de abstracte benadering. Als hierin al kan worden gelezen dat de norm nader wordt ingevuld en, in vergelijking met Mediasafe I¹³ is versoepeld, brengt dat nog niet mee dat de inhoud van de desbetreffende transactie doorslaggevend is geworden. Dat kan althans in het arrest niet met zoveel woorden worden gelezen.

In de kern heeft het arrest betrekking op een aspect dat weliswaar met het vorige nauw verband houdt, maar daarvan toch moet worden onderscheiden. Dit aspect betreft het antwoord op de vraag of steeds een tegenstrijdig belangsituatie in de zin van de genoemde artikelen kan worden aangenomen indien de bestuurder de rechtspersoon bij het verrichten van een rechtshandeling met zichzelf of met een aan hem gelieerde (rechts)persoon vertegenwoordigt. De vergelijking met de regeling van volmacht en lastgeving leren dat dit, afhankelijk van de concrete omstandigheden, niet het geval behoeft te zijn. Mede op basis hiervan is in de literatuur daarom

11 Zie onder meer de annotatie van Maeijer, NJ 2007, 420; Leijten en Bartman, JOR 2007, 169; Dortmund, Ondernemingsrecht 2007, p. 430 e.v.; Schild, t.a.p. noot 4.

12 Vergelijk Bartman in zijn noot onder dit arrest, JOR 2007/169: ‘De Hoge Raad verklaart de vraag naar het tegenstrijdig belang tot een zuiver feitelijke aangelegenheid, die slechts kan worden beantwoord ‘met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het geval.’ Een abstracte, strikt formele benadering is voortaan uit den boze.’

13 Hoge Raad 22 maart 1996, NJ 1996, 568 m.nt. Ma (Mediasafe I).

betoogd dat ook bij de vertegenwoordiging van rechtspersonen in de zojuist genoemde gevallen, niet per definitie sprake is van een tegenstrijdig belang in de zin van artikel 2:146/256 BW.¹⁴

In dit opzicht is het onderhavige arrest, voor zover het betreft de overwegingen dat het gegeven dat een bestuurder/aandeelhouder de belangen van onderscheiden vennootschappen heeft behartigd niet zonder meer betekent dat sprake is van een tegenstrijdig belang in de zin van artikel 2:146/256 BW, dan ook niet schokkend te noemen. Dit was, hoewel het de eerste keer is dat de Hoge Raad zich hierover uitliet, nog steeds een voorspelbare uitkomst.

Het arrest neemt evenwel op een aantal punten een onverwachte, en ons inziens niet op voorhand logische en wenselijke, wending. Deze betreffen de invulling van de toets of sprake is van tegenstrijdige belangen en de eisen die worden gesteld aan de omstandigheden waaronder de genoemde bepalingen door de rechtspersoon kunnen worden ingeroepen.

Ten aanzien van het eerste punt noemen wij allereerst dat de Hoge Raad zonder meer als uitgangspunt neemt dat de regeling van artikel 2:146/256 BW toepassing mist indien de belangen van de bestuurder en de vennootschap(pen) parallel lopen en zelfs indien deze *onderling nauw zijn verbonden*. Bezien vanuit de beschermingsgedachte, die ook volgens de Hoge Raad aan de wettelijke regeling ten grondslag ligt, is dit niet op voorhand logisch, ook niet indien het rechtshandelingen tussen groepsvennootschappen betreft. In de door de Hoge Raad genoemde gevallen, heeft immers de bestuurder steeds tevens een (significant) eigen belang bij het verrichten van de rechtshandeling. Indien de beschermingsgedachte voorop staat, lijkt veeleer als uitgangspunt te moeten worden aangenomen dat de regeling buiten toepassing kan blijven indien de desbetreffende bestuurder *geen* eigen belang heeft bij het totstandkomen van de rechtshandeling. In alle andere gevallen is er immers – zo menen wij – vanuit het perspectief van elk van de betrokken vennootschappen als regel steeds het intrinsieke risico dat niet uitsluitend het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming wordt behartigd.

Wat vervolgens opvalt, is dat de maatstaf die de Hoge Raad aanlegt bij het oordeel of de *betrokken* bestuurder de desbetreffende rechtshandeling mocht verrichten. Aanvankelijk legt de Hoge Raad in dit arrest hiervoor een geobjectiveerde maatstaf aan, namelijk of de bestuurder geacht kan worden het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op 'een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder

14 Zie o.m. W.J.M. van Veen, *Ondernemingsrecht* 1999, p. 93-94; Dortmond/Timmerman, *WPNR* 6649, p. 18; Dijk/Van der Ploeg, a.w. (noot 1), p. 235.

mag worden verwacht' (r.o. 3.4). Later gaat de Hoge Raad over op een andere toonsoort en luidt de maatstaf dat de betrokken bestuur '*zich niet in staat had mogen achten* het belang van de vennootschap(pen) en de daaraan verbonden onderneming met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen' (r.o. 3.7). Dit laatste duidt er op dat de inschatting van de betrokken bestuurder als uitgangspunt wordt genomen.

Het nemen van een subjectief uitgangspunt op dit punt is bevreemdend. De gemoedstoestand van de betrokken bestuurder heeft immers weinig van doen met het antwoord op de vraag of de belangen van de vennootschap in de concrete omstandigheden op juiste wijze behartigd (kunnen) worden door deze persoon. De ene persoon heeft nu eenmaal andere principes en normbesef dan de ander. Met het standpunt dat aan artikel 2:146/256 BW een beschermingsgedachte ten grondslag ligt, is een van de beleving van de betrokken bestuurder afhankelijke maatstaf, dan ook niet goed verenigbaar. Wellicht moet daarom de overweging van de Hoge Raad op dit punt maar als 'slip of the pen' worden aangemerkt. In dit verband wijzen wij echter nog op de laatste overwegingen van het arrest. Hierin overweegt de Hoge Raad dat de vennootschap de tegenstrijdig belangregeling slechts kan inroepen indien de vennootschap heeft aangetoond dat de daaraan ten grondslag liggende besluitvorming van de betrokken bestuurder 'inhoudelijk ondeugdelijk' was wegens een ontoelaatbare samenloop van tegenstrijdige belangen. De Hoge Raad lijkt zich niet te realiseren dat er in de regel aan het verrichten van een rechtshandeling geen besluitvorming in de zin van Boek 2 BW voorafgaat. Hoe moet de vennootschap dan bewijzen dat deze inhoudelijk ondeugdelijk was? Is het ontbreken van expliciete besluitvorming voldoende?

Een andere vraag is welke inhoudelijke criteria moeten worden gehanteerd bij de beoordeling van de deugdelijkheid van de besluitvorming. Indien de eis dat sprake is van een *inhoudelijk* ondeugdelijke besluitvorming zelfstandige betekenis heeft naast het bestaan van een 'ontoelaatbare samenloop van tegenstrijdige belangen' dan lijkt deze moeilijk op iets anders betrekking te kunnen hebben dan op het antwoord op de vraag of de belangen van de vennootschap bij de te verrichten rechtshandeling op een juiste wijze zijn behartigd. In dat geval kan niet anders worden geconcludeerd dan dat de Hoge Raad – in ieder geval in de situatie dat een bestuurder/aandeelhouder een rechtshandeling tot stand brengt tussen twee (groeps)vennootschappen waarmee zijn belangen nauw zijn verweven – feitelijk de abstracte benadering (zoals hierboven door ons omschreven) heeft verlaten.

Hiermee zijn wij terug bij het eerste punt in onze verkenning van dit arrest. Heeft de Hoge Raad afstand genomen van zijn eerder standpunt dat het voor de toepasselijkheid van de tegenstrijdig belangregeling niet relevant is of de rechtshandeling in concreto nadelig is geweest voor de vennootschap? Waar

zoals hierboven is uiteengezet, de Hoge Raad aanvankelijk hiervan geen afstand lijkt te doen (zie kanttekeningen i-iii), moeten wij constateren dat dit niet goed verenigbaar lijkt met de slotoverwegingen in het onderhavige arrest. Dat deze laatste rechtsoverwegingen wellicht niet relevant zijn voor alle gevallen van direct of indirect tegenstrijdig belang, accentueert slechts de doorbreking van de (voorheen) bestaande systematiek.

Wat hiervan ook zij, de vennootschap wordt mede door de vage criteria – wanneer is sprake van ‘inhoudelijk ondeugdelijke besluitvorming’ en een ‘ontoelaatbare samenloop van tegenstrijdige belangen – met een (lastige) bewijslast opgezadeld. De bescherming die de vennootschap aan artikel 2:146/256 BW ontleent, lijkt hiermee feitelijk te zijn geminimaliseerd.

Hoge Raad 6 april 2007

Het tweede te behandelen arrest van deze bijdrage had eveneens betrekking op belangenverstrengeling, maar dan in kader van een bemiddelingsovereenkomst, waarop de bepalingen van lastgeving van overeenkomstige toepassing zijn. Ook hier zijn door middel van cursiveringen accenten aangebracht. Het ging in dit arrest om het volgende.

Savills houdt zich bezig met beleggingen in onroerend goed. Zij rekent het tot haar taak de bewegingen op de onroerend-goedmarkt in Nederland in de gaten te houden en met behulp van de door haar verkregen informatie potentiële kopers en verkopers bij elkaar te brengen. Zij houdt zich daarnaast bezig met beheer van onroerend goed, ook van onroerend goed van B&S. Savills heeft begin augustus 2001 B&S benaderd met de vraag of zij interesse had voor de aankoop van het BTC II gebouw in Delft dat door BTC Delft Vastgoed B.V. (hierna: BTC) te koop was aangeboden.

Savills heeft vervolgens bemiddelingswerkzaamheden verricht. B&S heeft zich verbonden om aan Savills een courtage van 1% van de uiteindelijke koopsom te betalen. Tussen B&S en BTC is een koopovereenkomst met betrekking tot het BTC II gebouw tot stand gekomen. Ook heeft Savills in verband met de bemiddeling werkzaamheden verricht voor BTC.

B&S wil de afgesproken courtage niet aan Savills betalen en stelt zich in de procedure op het standpunt dat Savills geen recht heeft op deze betaling omdat zij ook werkzaamheden voor de verkopende partij heeft verricht. Het hof geeft B&S gelijk en oordeelt dat Savills op grond van artikel 7:418 lid 2 BW haar recht op courtage heeft verloren, omdat zij in de fase die voorafging aan de uiteindelijke totstandkoming van de koopovereenkomst een eigen belang heeft gehad waarvan zij op grond van het bepaalde in artikel 7:418 lid 1 BW aan B&S mededeling had moeten doen.

Artikel 7:418 lid 1 BW bepaalt dat (buiten de gevallen als genoemd in artikel 7:416 en 7:417 BW) een lasthebber die direct of indirect belang heeft bij de totstandkoming van de rechtshandeling verplicht is de lastgever daarvan in kennis te stellen 'tenzij de inhoud van de rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat dat strijd tussen beider belangen is uitgesloten'. Uit lid 2 van dit artikel volgt dat de lasthebber zijn recht op loon verpeelt als hij in strijd met het eerste lid heeft gehandeld.

Het hof overwoog, samengevat, het volgende. De directeur van Savills heeft in een van de gesprekken die hij met BTC heeft gevoerd over het pand in Delft, BTC geadviseerd over de voor de transactie van belang zijnde documenten. Daarnaast heeft hij met een derde, die van BTC opdracht had ontvangen om bij de verkoop te bemiddelen, afgesproken dat die van de door BTC aan hem of de door BTC aan de door hem vertegenwoordigde besloten vennootschap LDB Beheer B.V., te betalen courtage (1,5% van de uiteindelijke koopsom) de helft zou doorbetalen aan Savills of aan hemzelf (de directeur). Volgens het hof valt een dergelijke afspraak niet in overeenstemming te brengen met de positie van Savills als lasthebber van B&S en het hof wijst er bovendien op dat Savills een wezenlijk aandeel heeft gehad in de bemiddelingswerkzaamheden ten behoeve van BTC. De relatie met de hiervoor aangegeven derde houdt, volgens het hof, een zeer sterke aanwijzing voor belangenverstrengeling in. Dat geldt temeer nu noch door Savills noch door haar directeur daarvan mededeling is gedaan aan B&S. Dat de directeur van Savills uiteindelijk zou hebben afgezien van de met de derde afgesproken betaling, doet volgens het hof daaraan niet danwel onvoldoende af, nu de directeur van Savills gedurende een substantieel gedeelte van de periode waarin onderhandelingen over de koopovereenkomst plaats hadden, het vooruitzicht had op betaling door deze derde.

In cassatie wordt erover geklaagd dat het hof heeft miskend dat de in artikel 7:418 lid 1 BW bedoelde mededelingsplicht slechts aan de orde is ingeval van een eigen belang van de makelaar dat tegenstrijdig is aan dat van de opdrachtgever. Deze klacht faalde volgens de Hoge Raad. Hij overwoog hierbij:

- (i) dat het door Savills aangevoerde standpunt steunt op een onjuiste rechtsopvatting. De in de genoemde bepaling neergelegde mededelingsplicht doet zich – behoudens de in het artikellid genoemde uitzondering, waarop de klacht kennelijk niet doelt – gelden *zodra de lasthebber direct of indirect belang heeft* bij de totstandkoming van de rechtshandeling.
- (ii) het is in dat geval aan de lastgever om te beoordelen of zich een belangenconflict voordoet die aan een optimale behartiging van zijn belang door de lasthebber zou kunnen afdoen.

(iii) de mededelingsplicht geldt dus volgens de Hoge Raad onafhankelijk van het antwoord op de vraag of het eigen belang van de lasthebber daadwerkelijk tegenstrijdig is met de belangen van de lastgever.

In reactie op het tweede cassatiemiddel waar er – kort gezegd – over werd geklaagd dat een verstrengeling van belangen als bedoeld in artikel 7:418 lid 1 BW vereist dat de dubbele courtageafsprake moet hebben gegolden gedurende een langere én relevante periode, oordeelde de Hoge Raad dat dit onderdeel ten onrechte werd voorgesteld. In het bijzonder overwoog de Hoge Raad hierbij:

‘Opmerking verdient hierbij nog dat het antwoord op de – veelal niet met een redelijke mate van zekerheid te beantwoorden – vraag hoe groot de kans is dat de lastgever door belangenverstrengeling aan de zijde van de lasthebber wordt benadeeld, bij de toepassing van artikel 7:418, anders dan het onderdeel kennelijk veronderstelt, geen rol speelt.’

Commentaar

In dit arrest is evenals in het arrest van 29 juni 2007, de vraag aan de orde wat de maatstaf is aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of sprake is van een ontoelaatbare verstrengeling van belangen van een persoon die op naam of ten behoeve van een andere persoon, de principaal, een rechtshandeling verricht.

In het kader van de regeling van artikel 7:418 BW heeft de Hoge Raad bepaald dat als maatstaf geldt dat het ontoelaatbaar is als de lasthebber een direct of indirect belang heeft bij het totstandkomen van de rechtshandeling en hij dat niet tijdig aan de lastgever mededeelt. Het hof – en de Hoge Raad sauveerde dit – hanteerde in casu een lichte norm; het louter gedurende een bepaalde tijd uitzicht hebben op betaling is al voldoende voor het aannemen van een belangenverstrengeling in het kader van artikel 7:418 BW. Het gegeven dat dit uitzicht niet werd verzilverd, doet niet terzake.

Het wettelijk systeem is er – aldus de Hoge Raad – op gericht dat zodra de lasthebber een direct of indirect belang heeft bij de totstandkoming van een rechtshandeling, hij hiervan aan de lastgever mededeling dient te doen. Ook indien de belangen parallel lopen, is er een eigen belang en daarmee in beginsel een ontoelaatbare verstrengeling van belangen. Het is dan aan de lastgever om te beoordelen ‘of zich een belangenconflict voordoet dat aan een optimale behartiging van zijn belang door de lasthebber zou kunnen afdoen.’

Het enkele bestaan van een eigen belang van de lasthebber is aldus in beginsel voldoende. Hoe groot de kans op benadeling van de principaal is, doet niet terzake, aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad hanteert derhalve een abstract criterium: of de belangen in het concrete geval inhoudelijk al dan niet onbehoorlijk zijn behartigd doet niet ter zake. Kortom een lasthebber dient zich wel twee keer te bedenken om zaken te behartigen voor een opdrachtgever waarbij hij een direct of indirect belang heeft.

De vergelijking: belangenverstrengeling bij vertegenwoordiging in het vennootschapsrecht en bij lastgeving

Aan de regelingen betreffende belangenverstrengeling in het vennootschapsrecht en in de regeling betreffende lastgeving, ligt aldus ook de Hoge Raad, een beschermingsgedachte ten grondslag. De maatstaf ter bepaling of sprake is van een ontoelaatbare belangenverstrengeling wordt in het kader van lastgeving abstract ingevuld. Voldoende is dat de lasthebber een direct of indirect eigen belang heeft bij de rechtshandeling. Hoe groot de kans is dat de lastgever door belangenverstrengeling aan de zijde van de lasthebber wordt benadeeld, speelt verder geen rol, aldus de Hoge Raad.

De ontoelaatbaarheid is gelegen in het enkele feit van het bestaan van een eigen belang en dat desondanks niet om toestemming van de lastgever is gevraagd. De lasthebber wordt indien hij een eigen belang heeft, geacht niet in de positie te zijn om te beoordelen of de belangen van de lastgever optimaal worden behartigd. Hij dient daarom toestemming van de lastgever te vragen en verkrijgen. Dit is slechts anders wanneer de rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat dat strijd tussen beider belangen is uitgesloten. Een loyaliteitsconflict is dan niet aan de orde.

Aan de integriteit van de lasthebber worden derhalve hoge, maar heldere eisen gesteld.

Op het eerste gezicht, geldt dit ook voor de regeling betreffende belangenverstrengeling in het vennootschapsrecht. Op basis van het hier besproken arrest van 29 juni 2007, lijkt dit beeld echter te moeten worden bijgesteld. Uit de overwegingen die betrekking hebben op de situatie dat een bestuurder/aandeelhouder optreedt als vertegenwoordiger van de desbetreffende (groeps)vennootschap(pen), neemt de Hoge Raad tot uitgangspunt dat het bestaan eigen belangen niet leidt een ontoelaatbare verstrengeling van belangen. Het bestaan van een nauwe verbondenheid van de belangen van de bestuurder/aandeelhouder enerzijds en de door hem vertegenwoordigde vennootschap(pen), wordt zelfs redengevend geacht voor het buiten toepassing blijven van de tegenstrijdig belangregeling. Hoe de Hoge Raad tot dit

standpunt komt, wordt niet duidelijk. Beredeneerd vanuit de strekking van artikel 2:146/256 BW kunnen hierbij in ieder geval vraagtekens worden geplaatst. Vanuit het perspectief van de vertegenwoordigde vennootschap, kan immers moeilijk worden volgehouden dat er in de geschetste situatie geen risico bestaat dat de desbetreffende bestuurder uitsluitend haar belang zal behartigen.

Hierbij komt dat de de vennootschap met een zware bewijslast wordt opgezadeld. Zo zal de vennootschap aannemelijk moeten maken dat de aan de rechtshandeling ten grondslag liggen besluitvorming ‘inhoudelijk ondeugdelijk’ was. Welke criteria hierbij zullen gelden, is niet aan de orde geweest in dit arrest. Hierover kan weer nieuwe jurisprudentie tegemoet worden gezien. Het vereiste lijkt er vooralsnog toe te leiden dat de wijze waarop de onderscheidenlijke belangen in de besluitvorming zijn betrokken en zijn afgewogen, een belangrijke rol vervullen. Indien deze analyse juist is dan betekent dit dat (in ieder geval voor deze gevallen) de abstracte benadering – zoals die tot op heden in de jurisprudentie werd gevolgd en ook in het kader van regeling betreffende lastgeving wordt gevolgd – is verlaten.

Hiernaast zal de vennootschap niet alleen het bestaan van een belangenverstrengeling moeten aantonen, maar ook nog dat deze ontoelaatbaar was. Hierbij is het bestaan van een innige verstrengeling van belangen kennelijk niet voldoende. Waar precies de grens van (on)toelaatbaarheid zal komen te liggen, is de vraag. Wellicht dat hierbij alsnog aansluiting zal worden gezocht bij de systematisch voor de hand liggende norm dat een strijdigheid van belangen (het bestaan van een potentieel loyaliteitsconflict wegens het bestaan van een eigen belang) moet zijn uitgesloten. Het onderhavige arrest biedt hiervoor echter weinig aanknopingspunten.